

Causas legais e supralegais de exclusão da culpabilidade

Diego Carmo de Sousa*

Sumário

Introdução; 2. Conceito de Crime; 3. Conceito material de culpabilidade; 4. Potencial consciência da ilicitude; 5. Exigibilidade de conduta diversa 5.1. Causas de exclusão; 5.1.1. Coação moral irresistível; 5.1.2. Obediência hierárquica; 5.1.3. Estado de necessidade exculpante; 5.1.4. Excesso exculpante na legítima defesa; 6. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade; Conclusão; Referências bibliográficas

Introdução

O presente artigo visa mostrar a complexa problemática em torno da culpabilidade e suas causas de exclusão. *Ab initio*, esclarece que a doutrina não é unânime em aceitá-la como parte da estrutura do crime, mas carecedora de fundamentação plausível. Enumeram-se os elementos da culpabilidade sob a ótica finalista e suas principais causas de exclusão para finalmente adentrar na controvertida exigência de outra conduta como um de seus elementos, passando por um resumo histórico das decisões alemãs que embasaram sua concepção e como os principais órgãos judiciários do Brasil analisam essa questão no Tribunal do Júri. Tentou-se fazer um paralelo das principais doutrinas brasileira e estrangeira sobre o tema e colação de julgados dos principais tribunais nacionais. O presente artigo filia-se à teoria normativa pura para explicar os elementos constitutivos da culpabilidade.

2. Conceito de crime

Antes de adentrar a matéria propriamente dita, necessário se faz uma azafamada, mas não de atropelo, passagem pela teoria do delito a fim de uma melhor percepção do que seja a culpabilidade. Segundo preleciona Zaffaroni, duas teorias se têm erigido para

a conceituação do crime: a teoria unitária e a teoria estratificada.¹

Para os asseclas daquela teoria, o crime será sempre uma conduta humana infratora da lei. Não descendo à caracterização do delito, são as teorias mais aceitas pelos jusfilósofos – como os kelsenianos – que pelos penalistas.² Para os que se filiam à teoria estratificada, o crime deve possuir algumas características que o diferenciem de outras condutas humanas. Para o estudo ora apresentado filiamo-nos a esta última teoria.

Não se poderá conceituar o que seja um delito sem antes atentar-se ao que dita a norma penal, esta como fonte do Direito Penal deve ser consultada antes da conceituação do delito. Desse modo, tem-se uma primeira conceituação do crime: deve este ser típico. Nas palavras de Maurach

tipo é a terminante descrição de uma determinada conduta humana antijurídica. O tipo é, por tanto, em primeiro lugar, ação tipificada pela lei em uma figura legal.³

Entretanto, não basta que a ação humana seja prevista na lei penal, necessário é que a norma penal não excetue alguma conduta reportando-a como permitida. São as chamadas causas de justificação.

O Estado, por vezes, não pode proteger o cidadão todo o tempo, permitindo-lhe agir em determinados casos de maneira contrária a lei, mas conforme o Direito. Necessário é que se faça um juízo de valoração. Quando se constata que A matou B e que, portanto, tipificada está a conduta como incurso no art. 121 do CP, quando reza *matar alguém*, o que se está a fazer é apenas um silogismo, uma comparação. Pois nem todo matar se configura em crime. Destarte, necessário que se observe se a conduta em tela apenas infringiu um tipo isoladamente ou o direito como um conjunto harmônico e sistêmico. Quando a ação típica não se configura justificada, diz-se que é antijurídica ou

*Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e membro do grupo de estudo NACC (Núcleo Acadêmico de Ciências Criminais). Estagiário da Justiça Federal, Seção Judiciária da Bahia/Subseção Judiciária de Ilhéus.

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: RT, v. 1, 2008, p. 335.

² *Ibidem*, p. 335.

³ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Riel, v. 1, 1962, p. 267.

injusta. Têm-se, portanto, duas características do delito: uma ação típica e uma antijurídica.⁴

Entretanto, não basta que se observem só esses elementos objetivos do crime, mas há que se ater ao seu elemento subjetivo, qual seja, a culpabilidade. Para que seja efetivamente considerado um delito, a vontade do agente tem que ser voltada para a realização do tipo penal ou da sua não devida cautela. Portanto, nas palavras de Noronha “há de ser-lhe atribuído a título de culpa, em sentido amplo, isto é, dolo ou culpa.”⁵ Alguns doutrinadores, poucos, diga-se, filiam-se ao conceito bipartido do delito tendo-o como fato típico e antijurídico, renegando a culpabilidade a um estranho pressuposto da pena.⁶ Mas grande parte da doutrina curva-se a aceitar o conceito tripartido do delito, inserindo a culpabilidade em sua análise estratificada.⁷

3. Conceito material de culpabilidade

Como suso mencionado, vicejou por longo tempo no seio da doutrina indígena discussão sobre onde se insere a culpabilidade, se como um dos estratos do conceito do delito ou como simples pressuposto da pena. Insta salientar que não se discutirá nesse artigo sobre esse tema, a fim de se ater ao assunto proposto no introito deste.

Três teorias surgiram para explicar a culpabilidade: a teoria psicológica, a psicológico-normativa e a normativa pura. Naquela, a culpabilidade consiste em uma relação subjetiva entre o autor e o fato, sendo o dolo e a culpa suas únicas espécies e a imputabilidade apenas um seu pressuposto. Já para os normativistas, o dolo e a culpa transmutam-se em elementos da culpabilidade e a imputabilidade acaba por se configurar como também um elemento da culpabilidade e não apenas seu pressuposto, além da inclusão da exigibilidade de conduta diversa em seu

bojo.⁸ Quanto à normativa pura, de maneira contrária à psicológico-normativa, acaba por deslocar o dolo e a culpa da culpabilidade para o tipo, e, em seu lugar, encaixando-se a chamada exigibilidade de conduta conforme o Direito. Essas teorias, no entanto, mais se completam que se repelem, pois não há que se falar em culpabilidade sem dolo ou culpa, bem assim como a teoria normativa nos aclara que a ação com a qual o agente obrou é contrária a que a norma exigia, devendo este ter agido de maneira diversa.

Segundo Welzel, o maior precursor das ideias do finalismo, a culpabilidade “em seu mais próprio sentido, é somente a censurabilidade como valoração da vontade de ação”.⁹ Em outras palavras, a culpabilidade consiste na capacidade de o agente agir conforme Direito, agir de outra forma da que obrou. Para os funcionalistas como Roxin a culpabilidade carece de fundamentação, haja vista não ser constatada cientificamente. Para o autor alemão, não se pode auferir empiricamente se um dado delinquente que age desconforme o Direito podia naquelas condições agir de outra maneira¹⁰, devendo a culpabilidade ser vista como um limite da medida da pena.

Ao criticar tal ponto de vista, questiona-se Prado se a ciência penal deve descer a tais filigranas, ou em suas palavras, “chegar a tal empirismo para solucionar a contento os casos concretos que se lhe apresentam.”¹¹ Para Conde, tal conceito material de culpabilidade deve ser abandonado, pois se apresenta impregnado da ideologia individualista que marcava o cenário político da época de sua elaboração¹², argumentando de maneira similar a Roxin, já refutado por Prado. A teoria normativa pura é a mais aceita e utilizada no País, e será a usada como paradigma no presente artigo.

4. Potencial consciência da ilicitude

O adágio latino de teor garantista *nulla poena sine culpa* é um externalização deste elemento da culpabilidade. O art. 34, I, do Código Penal argentino exige como uma caracterização do crime o agente

⁴ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. V. 1, Buenos Aires: Tea, 1992, pp. 391 e 392.

⁵ NORONHA, Magalhães Edgar. *Direito Penal*. V.1, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 99.

⁶ JESUS, Damásio E. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 29ª ed., 2008, p. 454; MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. V. 1. São Paulo: Atlas, 24ª ed., 2008, pp. 83 e 84; COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2ª ed., 1998, p. 37.

⁷ BITTENCOURT, Cezar R. *Teoria Geral do Delito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 62; PRADO, Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, São Paulo: RT, 8ª ed, 2008, p. 232; GRECO, Rogério. *Niterói: Impetus*, 10ª ed., 2008, p. 143

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, pp. 299/308.

⁹ WELZEL, Hans. *Direito Penal*. São Paulo: Romana, 2004, p. 216.

¹⁰ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, 1981, p. 41.

¹¹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: RT, v.1, 2008, 374.

¹² CONDE, Muñoz Francisco. *Teoría General del Delito*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1991, p. 121.

compreender a criminalidade do ato. A consciência da ilicitude do fato é uma presunção da lei de que o agente deve saber que age fora do Direito. No entanto, em seu art. 21, o Código Penal brasileiro estatui que o *desconhecimento da lei é inescusável*, ou seja, haveria uma presunção de que todos possuem a consciência da ilicitude do ato.

Certas regras jurídicas se impregnam de um mínimo ético, como por exemplo, a penalização do homicídio, do roubo etc. Nesses tipos penais a alegação de inconsciência do caráter ilícito da ação é inadmissível, exceto em casos de impropriedade do objeto que caracterizaria o fato como crime impossível, *e.g.*, roubar um bem móvel pertencente ao próprio agente, ou então quando agir em defesa do bem da vida. Mas fatos há que pela sua peculiaridade, ou sanha legiferante do legislador, não se pode exigir de todos o seu conhecimento, como vender bebida alcoólica para quem já se encontra bêbado (art. 63, II, da Lei de Contravenções Penais), brigar em público (art. 21 da LCP) etc.

Desse modo, necessário é que haja essa consciência para que se forme o juízo de reprovabilidade. Não age culpavelmente quem pratica um fato pensando estar em conformidade com o Direito. A consciência do ilícito não precisa ser no momento atual do cometimento do fato, mas basta que seja potencial para configurar o delito.

Ensina-nos Bacigalupo que “o conhecimento da desaprovação jurídico-penal não deve ser atual, ou seja, dar-se realmente no momento da ação; é suficiente com que seja potencial, isto é, atualizável.”¹³

Assim sendo é imprescindível que se verifique se o agente agiu conhecendo da ilicitude de seu ato ou tenha pelo menos podido conhecer. Pois, na esteira do que prescreve Maurach, no primeiro caso age em afronta ao direito e no segundo, com reprovável indiferença.¹⁴

A doutrina erige basicamente três causas de exclusão da consciência do ilícito: o erro de tipo, o erro de proibição e as descriminantes putativas.

5. Exigibilidade de conduta diversa

Fatos há que exigem do agente uma ação *in continenti*, uma inopina reação à quadra a qual se encontra, onde por vezes, deverá atuar fora dos arquétipos fixados pelo ordenamento jurídico. O direito não exige do homem condutas heroicas ou sacrifícios sobrehumanos, permitindo-lhe agir em determinados casos de maneira contrária à lei. Mas, frise-se, a permissão para trilhar caminhos díspares ao ordenamento deve ser limitada a determinadas situações excepcionais, sob pena de lançar ao atascadeiro e à zombaria todo o sistema jurídico.

A possibilidade de agir diversamente é um elemento da reprovabilidade, onde se podia exigir do agente que se atesse ao Direito, no entanto, o agente mesmo sendo imputável e conhecedor do ilícito não podia agarrar-se ao Direito. A culpabilidade, assim, é um juízo de valoração.

Cita Soler que

a reprovabilidade estará apoiada em situações e fatos do sujeito (...), mas está determinada por uma exigência, cujos variáveis alcances são fixados em concreto pelo juiz¹⁵.

Wezel separa o que ele chama de censurabilidade da ação censurável, sendo aquela a valoração da vontade de ação, ou seja, a incidência de um juízo de reprovabilidade na ação valorada, e esta é a vontade de ação incidida por esse juízo.¹⁶

5.1 Causas de exclusão

5.1.1. Coação moral irresistível

A coação como exclusão da culpabilidade está inserta no art. 22 do CP que estatui que “se o fato é cometido sob coação irresistível (...), só é punível o autor da coação (...)”. Há dois tipos de coação: a coação física, ou *vis absoluta* e a coação moral, ou *vis compulsiva*. Nesta há a vontade manifesta do agente de infringir a norma, *i.e.*, o agente atua com dolo. Naquela, no entanto, não há ação, pois não há vontade. O agente quando realiza um fato típico sob coação moral irresistível não atua em sua vontade livre e espontânea, mas influenciado por um terror psicológico, fruto de ameaças ou intimidação.

¹³ BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. Hammurabi: Buenos Aires. 3ª ed.1994. p.139.

¹⁴ MAURACH *Apud* FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. Nova Parte Geral. Forense: Rio de Janeiro. 1985, p. 211.

¹⁵ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. V. 2, Buenos Aires: Tea, 1992, p. 27.

¹⁶ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, pp. 215/216.

Assim, não se podendo exigir do agente conduta diversa da que tomou, será isentado de quaisquer sanções. Sendo a *vis compulsiva* resistível, será causa de atenuante da pena, consoante a inteligência do art. 65, III, c.

Para Welzel, como o coagido atua sem vontade livre, o coator será considerado autor mediato, pois a ação praticada sob coação é antijurídica, mas o autor coagido está justificado pela exclusão da culpabilidade.¹⁷ Nesse sentido, leia-se o seguinte julgado:

Processual Penal. Habeas corpus. Tribunal do Júri. Absolvição. Anulação. Julgamento. Apelação. Erro. Formulação. Quesito. Coação moral irresistível. Falta de correspondência. Conceito jurídico. Nulidade configurada. I – Na coação moral, o coator exige que o coato pratique um fato ilícito com a ameaça de impor-lhe, ou a alguém que lhe seja próximo, uma espécie de gravame caso não seja praticada a ação pretendida. Se, para suportar a ameaça perpetrada, for necessário o desprendimento de força extraordinária (Brasil – STJ – *Habeas Corpus*: HC 27619 GO 2003/0045246-6, rel. Min. Felix Fischer, julgamento: 04/02/2004, Órgão julgador: T5 – Quinta Turma, publicação: DJU 08/03/2004, p. 298).

5.1.2. Obediência hierárquica

Dispõe o art. 22 do Código Penal que “se o fato é cometido (...) em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor (...) da ordem.”

Trata-se de autoria mediata, onde só responde pelo fato punível o autor da ordem e não quem a executa. Para a caracterização da excludente em espécie é necessário que haja: a) uma relação de subordinação hierárquica¹⁸. Veja-se:

Penal. Processual Penal. Diligências requeridas pela defesa. Esgotamento da instância administrativa. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, I, da Lei 8.137/1990. Autoria e materialidade comprovadas. Obediência hierárquica. Não caracterização. Dolo. Pena Pecuniária. (...) V. A excludente de culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal não pode ser invocada no âmbito do direito privado, uma vez que a configuração da obediência hierárquica pressupõe relação de subordinação entre o mandante e o executor do ato, com previsão, para este último, de

consequências graves no caso de descumprimento da ordem, possível, apenas, no direito público. (Brasil – TRF3 – *Apelação Criminal* – 17475: ACR 7188 SP 2001.61.20.007188-3 – rel. Juiz André Nekatschalow, julgamento: 27/06/2005 – Publicação: DJU Data:16/01/2007, p. 378.)

No entanto, julgando um caso entre a Grande Oriente do Brasil e uma Loja Maçônica a ela subordinada, o STF em voto da lavra do Min. Victor Nunes Leal, considerou que ali se configuraria também uma espécie de obediência hierárquica, assim afirmando:

as lojas maçônicas são hierarquicamente subordinadas ao Grande Oriente do Brasil e são reguladas por um Estatuto denominado Constituição Maçônica, a cujos mandamentos devem obediência, pelo que lhes compete acatar o pronunciamento dos órgãos superiores. (Brasil – STF – RE 37661/PE – rel. Min. Victor Nunes, julgamento: 22/04/1966, órgão julgador: Primeira Turma.)¹⁹

b) a ordem não deve ser manifestamente ilegal. É o pressuposto extrínseco da ordem, devendo se observar a competência daquele de quem se emana a ordem, se esta não se enquadra nas funções do subordinado, quando, enfim, não é patentemente criminoso. Assim se manifestou o STJ sobre este ponto:

Processual Penal. Habeas corpus. Tortura. Modalidade omissiva. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Obediência hierárquica. Circunstância não demonstrada. Legalidade da ordem não evidenciada. Estreita via do writ. Ausência de dolo. Impossibilidade de agir. Questões que demandam o profundo exame de provas. Existência de justa causa para a perseguição penal do paciente em juízo. Precedentes. Ordem denegada. Inviável o reconhecimento da excludente da culpabilidade de obediência hierárquica para o delito de tortura, em sua modalidade omissiva, na estreita via do *habeas corpus*, desprovida de dilação probatória, quando não evidenciada a legalidade da ordem (...) (Brasil – STJ. *Habeas corpus*: HC 93533 GO 2007/0255315-1 rel. Min. Jane Silva (Des. convocada TJ/MG), julgamento: 24/02/2008, órgão julgador: T6 – Sexta Turma, publicação: DJ 10/03/2008, p. 1).

c) e o ato executório deve limitar-se ao *estrito* cumprimento da ordem. O subordinado a quem a ordem ilegal é dirigida deve ater-se ao que demandado, onde agindo assim não será apenado, mas excedendo na execução responderá por esse excesso, já que o dolo subsiste. No entanto se for afastado o dolo, não responderá por culpa, conforme já decidiu o STF:

¹⁷ *Ibidem*, p. 261.

¹⁸ Aqui a doutrina assenta que a subordinação deve ser de direito público sendo estranhas às relações de direito privado. Cf. FRAGOSO. *op. cit.*, p. 221.

¹⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=137844>>. Acesso: 28 maio 2010.

Atos não criminosos em si mesmos, praticados em cumprimento de ordem de superior hierárquico, não manifestamente ilegal (tendo sido afastada a hipótese de dolo pela própria decisão condenatória), não podem configurar crime culposos. *Habeas corpus* concedido. (Brasil, STF, HC 38728/DF *Habeas corpus*. Rel. Min. Victor Nunes, julgamento: 29/11/1961, órgão julgador: Tribunal Pleno)²⁰. *Penal e Processual Penal* (art. 312, caput, do CP). *Peculato Desvio. Obediência Hierárquica*. Art. 22, 2ª Parte, do CP. *Aplicabilidade. Recurso provido*. II. Estão presentes todos os requisitos básicos que pressupõem a obediência hierárquica, quais sejam: “que haja relação de direito público entre superior e subordinado; “que a ordem não seja manifestamente ilegal; “que a ordem preencha os requisitos formais; “que a ordem seja dada dentro da competência funcional do superior e; “que o fato seja cumprido dentro da estrita obediência à ordem superior. (Brasil – TRF1 – Apelação Criminal: ACR 4872 PA 2001.39.00.004872-4 – Rel. Des. Federal Hilton Querioz – Julgamento: 05/11/2007 – Órgão julgador: Quarta Turma – Publicação: 28/11/2007 *DJ* p. 46.)

5.1.3. Estado de necessidade exculpante

Não é remansosa na doutrina a inclusão do estado de necessidade como exclusão da ilicitude. Autores clássicos, como Carrara, preferem inseri-la na exclusão da imputabilidade, pois se age sob medo ou coação de um perigo/dano iminente, minando assim a vontade livre a qual embasa a imputabilidade.²¹ Distinguem-se assim dois tipos de estado de necessidade: o exculpante e o justificante. Neste, o bem sacrificado é de menor valor que o protegido, onde o fato restaria justificado e considerado uma exclusão da antijuridicidade. Já na exculpante há intensa discussão.

Surgiram na Alemanha duas teorias para tentar contornar a querela: a teoria diferenciadora e a unitária. Para esta todo estado de necessidade exclui o injusto, não havendo imperativo do sopesamento dos bens em conflito. Para aquela, havia uma diferença na consequência jurídica do fato quando o bem defendido for mais ou menos importante que o bem agredido.

Com efeito, os doutrinadores alemães diferenciavam ambas as teorias prevalecendo-se a teoria diferenciadora no âmbito do Direito Civil – pois a defesa de um bem maior é aprovada pelo Direito e

exclui o ilícito – e a unitária no âmbito do Direito Penal – porque um comportamento que excede o tolerável é antijurídico, mas pode isentar de culpabilidade.²²

Uma corrente há ainda que transporta a problemática da antijuridicidade para a culpabilidade, pois atuaria o agente sem dele exigir-se outra conduta, faltando-lhe a reprovabilidade. Exemplifica Welzel com um caso de um empregado de ferrovia que solta a agulha de um vagão de carga com iminência de chocar-se em um trem repleto de passageiros. Nesse caso, afirma o autor, agiu o ferroviário sem alternativa e eticamente irrepreensível.²³ Exemplos são os julgados abaixo colacionados:

Revisão criminal. Tráfico de drogas. Alegação de estado de necessidade exculpante. Tal instituição não poderá ser reconhecida, pois, na forma culposa, impõe-se a inexigibilidade de outra conduta do réu, o que não ficou caracterizada. Ação julgada improcedente. Maioria. (Brasil. TJDF. Revisão criminal: RVCR 20030020094602 DF Rel.: Des. João Timóteo, julgamento: 06/04/2005, órgão julgador: Câmara Criminal, publicação: *DJU* 16/08/2005, p. 1.398)

Penal. Processo Penal. Estado de necessidade. Inocorrência. Multa e custas. Isenção. Impossibilidade. I. Inexistência de causa justificante do estado de necessidade, nem tão pouco de exculpante da inexigibilidade de conduta diversa. Aliás, só sustentadas em apelação, forte na total ausência de provas a respaldar as alegações (Brasil. TRF5. Apelação Criminal: ACR3426PE2003.05.00.025737-3, rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgamento: 05/04/2004, órgão julgador: Segunda Turma, Publicação: Fonte: *DJ* – Data: 07/05/2004, p. 1.131).

5.1.4. Excesso exculpante na legítima defesa

O instituto da legítima defesa está previsto nos arts. 23, II, e 25 do Código Penal. Todos os ordenamentos jurídicos pátrios previram tal instituto, dada a sua relevância no âmbito social e penal: o Código de 1830 o prescrevia em seu art. 14 e o de 1890 nos arts. 32, § 2º e 34. Tem como escabelo dois fundamentos: a proteção dos bens jurídicos salvaguardados pelo ordenamento e o próprio resguardo do ordenamento. Nas lições da professora Maron

de um lado, a necessidade de defender bens jurídicos perante uma agressão e, de outro lado, a

²⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=56286>>. Acesso: 28 maio 2010.

²¹ CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. Saraiva: São Paulo, v. 1. 1956. § 285 e ss.

²² BRUNO, *op. cit.*, p. 391

²³ WELZEL, *op. cit.*, p. 262/263

defesa do próprio ordenamento jurídico que se vê diante de uma agressão legítima.²⁴

Um dos requisitos para a configuração da legítima defesa é o uso moderado dos meios necessários ao afastamento ou cessação da injusta agressão. Quando o agente fixa-se nessa exigência e dela não extrapola, não haverá cometido crime. Todos os atos impetrados pelo agredido que excedam esses meios necessários fará com que de vítima transmute-se em agressor, respondendo este pelo excesso na defesa. Se doloso o excesso, o resultado da agressão será punido como crime doloso. Se culposos, o agressor responderá pelo crime culposos, se previsto em lei.

Casos há, no entanto, que obra o agente sem dolo nem culpa, sendo consequência de um fortuito, onde não responderá pelo excesso. Veja-se:

Júri. Quesitos. Legítima defesa. Excessos culposos e dolosos. A simples resposta negativa ao quesito referente ao excesso culposos não torna dispensável o alusivo ao doloso. A ordem jurídica em vigor contempla, de forma implícita, o excesso escusável (Assis Toledo, Damásio e Alberto Silva Franco). No campo de processo-crime, a busca incessante da verdade real afasta o exercício intelectual da presunção; cabe indagar se o réu excedera dolosamente os limites da legítima defesa. O excesso exculpante não se confunde com o excesso doloso ou culposos, por ter como causas a alteração no ânimo, o medo, a surpresa. Ocorre quando é oposta à agressão injusta, atual ou iminente, reação intensiva, que ultrapassa os limites adequados a fazer cessar a agressão. *Habeas corpus* deferido para anular o julgamento e determinar que outro seja realizado, formulando-se os quesitos com atenção às circunstâncias em que o crime ocorreu. (Brasil – STF – HC 72341/RS – Órgão julgador: Segunda Turma – rel. Min. Maurício Corrêa – Publicação: DJ data: 20/03/1998; p. 5; Ement v.1903-02; pp-202; julgamento: 13/06/1995.)

Apelação crime. Júri. Legítima defesa. Prosseguimento da quesitação após a negativa do sexto quesito relativo ao uso dos meios necessários. Obrigatoriedade. Excesso acidental não caracterizado. Decisão contrária à prova dos autos. Julgamento anulado. (...) II. Não ocorre excesso acidental ou exculpante, que equivale ao caso fortuito, quando o agente pratica o ato deliberadamente, mormente quando a vítima j. estava baleada e, portanto, rendida. III. Recurso provido. (Brasil – TJRR – Apelação Criminal: ACR 10040026121 RR 0010.04.002612-1 – Relator(a): Des. Tânia Vasconcelos (Juíza convocada)

– Julgamento: 10/04/2000. Publicação: DPJ 3.011 de 23/11/2004, p. 2)

Por fim, pode-se dar a extrapolação dos meios necessários por erro inescusável ou escusável. Quando inescusável, o resultado será considerado como culposos e assim será incriminado o agente, se a lei previr o fato como culposos. Sendo escusável, estar-se-á diante de uma excludente de culpabilidade, onde não se responderá pelo excesso.

Para Von Liszt, quando se encontrar o autor do fato antijurídico acometido por perturbação, medo ou terror e exceder os limites da legítima defesa

dá-se, na verdade, uma ação em si punível, mas dá-se também ao mesmo tempo uma causa ou circunstância pessoal de exclusão de pena.²⁵

Na legítima defesa putativa o raciocínio dar-se-á de igual forma, se o autor agiu convicto de que se encontrava em um estado de legítima defesa real, onde se exclue o dolo, ou nas admoestações de Hungria: “O que exclue o dolo é tão somente a certeza subjetiva de que não se age *contra jus*.”²⁶

Nesse sentido é o aresto abaixo colacionado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ementa. Apelação criminal. Recurso do Ministério Público visando a anulação do júri sob o fundamento de contradição nas respostas aos quesitos. Decisão absolutória contrária à prova dos autos. Quesitação sob o enfoque do dolo e da culpa. Se não houve excesso culposos ou doloso, significa que houve falta de moderação ou desnecessidade dos meios, porém, causados por caso fortuito, medo, erro ou perturbação do agente! Assim rejeita-se a preliminar de nulidade de julgamento por contradição nas respostas dos quesitos. (...) Evidentemente, o elemento subjetivo ou a reação por medo de que a vítima consumasse as ameaças podem ser deduzidos das circunstâncias do fato. (...) Recurso desprovido. Maioria. (Brasil – TJRJ – Apelação Criminal 2006.050.01663. Rel. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado. j. 10/10/2006. Órgão julgador: Primeira Câmara Criminal – DJE: 02/03/2007, p. 30)

24 MARON, Sônia Carvalho de Almeida. *A legítima defesa no Tribunal do Júri*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 34.

25 VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. V. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. 1ª ed., Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1899, p. 232

26 HUNGRIA, Nelson. *A legítima defesa putativa*. Rio de Janeiro: Jacinto Editora, 1936, p. 114.

6. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade

A inexigibilidade de conduta diversa foi um elemento da exclusão da culpabilidade desenvolvida pela jurisprudência tedesca do início do século passado. O doutrinador alemão Frank já havia introduzido esse elemento na culpabilidade, fundando assim a teoria psicológico-normativa onde a culpabilidade também se consistiria na imputabilidade e na culpa *lato sensu*. Dois episódios julgados pelo então Tribunal do Reich (Reichgericht) serviram de paradigma à elaboração da fundamentação da não exigibilidade de outra conduta: o caso *Leinenfänger* e o *Klapperstorch*.²⁷

O primeiro caso, chamado também de Caso do Cavalo Indócil, foi o primeiro julgado em tribunais no mundo a aceitar esse elemento como causa de excludente do crime. O proprietário de um cavalo indomável e recalcitrante exigiu, sob pena de demissão, a um de seus empregados para que passeasse com esse cavalo pelas ruas da cidade, onde acabou por atropelar um pedestre. Ao julgar esse peculiar caso, decidiram os magistrados em negar a culpabilidade ao empregado, sob o argumento de que dele não se poderia exigir outra conduta, *i.e.*, não se poderia exigir que perdesse seu emprego.

Essa tese também foi utilizada na fundamentação do caso dos mineiros, ou Caso *Klapperstorch*, primeiro emprego dessa tese em casos dolosos. Um grupo de mineiros havia combinado que ao nascer o filho de um deles, este não iria trabalhar, mas colheria o salário do dia. Desse modo, impuseram à obstetra da região, sob pena de não requisitarem seus serviços, para que se alguma criança nascesse em dia de domingo, esta deveria declarar ter nascido em dia útil, o que a obrigou a declarar vários registros falsos. Também os magistrados negaram a culpabilidade à obstetra com a fundamentação de que dela não se poderia impor outra conduta, pois perderia seu único meio de sustento.

Há outro caso relatado por Freudenthal, citado por Bruno, de uma jovem siciliana obrigada a vir morar em Nova York pelo tio, de quem se tornou amante com a ciência da tia, após ser abandonada pelo marido ao saber do relacionamento ilícito, acabou por matar o tio e a tia. O tribunal opinou pela mesma tese e Freudenthal justifica que em virtude das ideias dominantes no meio em que fora educada a jovem, não

se poderia exigir outra conduta.²⁸ Certo que se possa utilizar-se desse elemento para excluir a culpabilidade em casos dolosos, mas há que se ter cautela ao lançar-se mão dessa fundamentação. Pois no dolo há uma ação voltada para a infração da lei, deliberada, onde se poderia exigir outra conduta. Diferentemente da culpa, onde apenas o resultado é provável, o que faz com que não se exija outra conduta.²⁹

É certo que a exigibilidade de poder-agir de modo diverso está jungida à ideia de reprovabilidade ou censurabilidade. Mas se ressalte que também dependerá do que a sociedade da época do cometimento do fato aceita como conduta irreprochável.

Rossi já no início do século XIX argumentava que seria justificável uma ação, na aparência criminoso, mas de uma moralidade intrínseca. Exemplificava o renomado autor com o de um marido que mata a mulher em flagrante adultério, onde se excluiria toda a imputabilidade penal, sendo escusável a conduta.³⁰

Conde cita dois tipos de exigibilidade: uma objetiva e outra subjetiva. A primeira se refere às condutas que a lei exige a todos de forma igual e genérica, onde para o autor, é o limite do que a lei possa impor para o cumprimento de seus mandados. Assim, prossegue o autor, existe em parelha a essa exigibilidade, outra subjetiva ou individual, o qual se refere às situações extremas onde

não se pode exigir ao autor concreto de um fato típico e antijurídico que se abstenha de cometê-lo, porque isso comportaria um excessivo sacrifício para ele.³¹

Esta última seria a inexigibilidade supralegal de exclusão da culpabilidade, pois não está explicitamente prevista em lei.

De modo diametralmente oposto se posiciona Jescheck para quem a inexigibilidade como causa supralegal deve ser alijada do pensamento jurídico-penal, pois

²⁸ BRUNO, *op. cit.*, p. 105

²⁹ Nas palavras de Noronha *na culpa tem-se um resultado reprovável, porém, possível apenas, ao passo que no dolo o evento é certo, o que faz, portanto, que mais facilmente lá não se exija outra conduta. In: Do Crime Culposos*. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 113

³⁰ ROSSI, Pellegrino. *Traité de Droit Penal*. t. II, Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1.872. p. 7.

³¹ CONDE, *op. cit.* p. 149.

²⁷ NORONHA, Magalhães. *Do Crime Culposos*. São Paulo: Saraiva. 2ª ed., 1966, pp. 112/113.

ainda nas situações difíceis da vida, a comunidade deve poder reclamar a obediência ao Direito ainda que isso possa exigir do afetado um importante sacrifício.³²

Roxin não aceita a ideia de poder agir diversamente ou do pressuposto do livre-arbítrio como fundamentos empíricos da culpabilidade, pois serem de difíceis constatações. Para ele, a base da culpabilidade consiste em o autor ter “idoneidade para ser destinatário de normas”, ou seja, a possibilidade de ser destinatário de alguma mensagem, no caso, a própria lei. Rechaça, assim, o conceito de exigibilidade de outra conduta e da vontade livre, onde para ele são cientificamente verificáveis, substituindo-os por essa idoneidade a que ele crer ser de mais fácil constatação.³³

Creio estar com a razão o supracitado autor, posto que a noção de previsibilidade de um resultado, bem como o agir conforme ao Direito, deve ser analisado em relação a cada agente individualmente, não merecendo prosperar a ideia do *homo medius*, ou homem ideal, observando-se cada indivíduo como microcosmo que é.

Assim, a inexigibilidade está jungida à ideia de reprovabilidade. O estado de necessidade exculpante é um exemplo previsto por lei. Quando se está diante de um caso onde não se enquadre em nenhuma das causas de excludente jurídica erigida pelo ordenamento pátrio, mas ao se realizar um juízo de reprovação não se poder exigir do agente fixar-se aos termos da lei, se estará diante da inexigibilidade supralegal, figurando-se os exemplos acima expendidos. Veja-se:

Apelação criminal. Cárcere privado. Manutenção de paciente em nosocômio como garantia de quitação dos débitos hospitalares. Obediência hierárquica. Ordem que para o réu não se apresentava manifestamente ilegal. Inexigibilidade de conduta diversa do executor do ato. Princípio geral do Direito Penal. Causa de exclusão da culpabilidade. Recurso desprovido. (...) IV. É certo também que um dos elementos da obediência hierárquica é uma relação de subordinação entre o mandante e o executor, em direito público, circunstância que não ficou sobejamente demonstrada nos autos. Contudo, mesmo que se admita que a relação existente entre o réu e o seu superior seja apenas a empregatícia regulada pelo direito privado, diante da ordem

recebida, não se poderia exigir outra conduta do acusado, situação que também é causa de exclusão da culpabilidade quando se aceita a inexigibilidade de conduta diversa como princípio geral do Direito Penal e independente das excludentes da coação moral irresistível e da obediência hierárquica, a fim de evitar a punição dezarrazoada e injustificada do executor da ordem. V. No caso em análise, além da ordem não ter sido manifestamente ilegal, não se pode negar que o réu atuou em situação de inexigibilidade de conduta diversa, diante do temor de perder o emprego, no caso de não cumprir com a ordem recebida. (Brasil – TJPR – Apelação Crime – ACR 5818591 PR 0581859-1 – rel. Des. Macedo Pacheco Julgamento: 1º/10/2009 Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal Publicação: DJ: 249, 16/10/2009.)

A jurisprudência começava a aceitar a inexigibilidade de conduta diversa quando supralegal na formulação de quesito no júri. Havia certa resistência em se valer dessa tese com o fundamento de que o antigo art. 484, III, do Código de Processo Penal permitia tão só a formulação de quesitos se o réu apresentasse no júri um fato ou circunstância prevista por lei como excludente do crime. Exemplo é o seguinte voto:

Júri – Quesitos – Vício do questionário – Ocorrência – Inexigibilidade de conduta diversa – Quesito não autorizado por lei – Inexigibilidade que só exclui a culpabilidade quando se identifica com a coação irresistível ou com a obediência hierárquica, sendo que essas dirimentes é que devem ser questionadas – Nulidade absoluta – Recurso provido (Brasil – TJSP, AC 76.681-3, rel. Des. Dante Busana – j. 06/08/1990 – RJTJSP 129/494).

No entanto, pelo princípio da ampla defesa constituída como garantia fundamental a todos os cidadãos, a jurisprudência se inclinou a aceitar essa causa de exclusão do crime no Tribunal do Júri. Veja-se:

Apelação criminal. Homicídio. Tribunal do Júri. Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Inexigibilidade de conduta diversa. Causa supralegal de exculpação. Admissão frente às provas. Soberania da decisão popular.

Em atenção à soberania dos veredictos, prevista constitucionalmente, atento à orientação da Súmula 28, aprovada pelo Grupo de Câmaras Criminais do TJMG, a determinação de novo júri somente é cabível se restar demonstrado que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente dissociada do contexto probatório, o que não ocorre quando os jurados optam, em sua maioria, por uma das versões da defesa, manifestada em plenário, que tem respaldo em fatos e circunstâncias descritos. Consoante respeitáveis doutrina e jurisprudência,

³² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Granada: Editorial Comares, 1993, p. 457

³³ ROXIN, Claus. *A Culpabilidade e sua Exclusão no Direito Penal In: Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2008, pp. 144/149.

admite-se a inexigibilidade de conduta diversa como causa suprallegal de exclusão da culpabilidade, não se limitando sua aplicação às hipóteses legais. Assim, é possível sua quesitação, desde que desmembrada em fatos e circunstâncias. (Brasil – TJMG: 100240262019540011 MG 1.0024.02.620195-4/001(1), rel. Des. Armando Freire, julgamento: 11/04/2006, publicação: 28/04/2006.)³⁴

Penal e Processual Penal. Homicídio duplamente qualificado por motivo torpe e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Júri popular. Absolvção. Recurso apelatório. Art. 593, inciso III, alíneas a e d do Código de Processo Penal. Preliminar de não conhecimento do recurso suscitada pelo apelado. Rejeição. Apresentação intempestiva das razões recursais. Mera irregularidade. Aventada nulidade posterior à pronúncia. Quesitação com fulcro em tese sem previsão legal. Inexigibilidade de conduta diversa. Excludente suprallegal de culpabilidade acolhida pela jurisprudência. Imperiosa apreciação da tese pelos jurados. Observância ao art. 484, inciso III do Código de Processo Penal. Precedentes. Decisão contrária à prova dos autos. Procedência. Versão que diverge do contexto probatório. Recurso conhecido e provido. (Brasil – TJRN – Apelação Criminal: APR 10593 RN 2009.010593-6, parte: Apelante: Ministério Público, parte: Apelado: Francisco Alex Bandeira Alves, rel. Des. Caio Alencar, julgamento: 18/12/2009, órgão julgador: Câmara Criminal)³⁵

Em 2008, a Lei 11.689, que modificou o processo do júri, revogou o retro mencionado artigo, incluindo-se em seu art. 483, III, uma redação mais ampla a qual incluiria toda forma de excludente de crime ao incluir como quesito para indagação aos jurados se o acusado deve ser absolvido. Como a inexigibilidade de outra conduta é forma de exclusão de culpabilidade, primeiro o jurado tem que constatar a materialidade do fato e se o acusado é autor deste. Onde respondendo afirmativamente, mas convicto de que não se podia exigir outra conduta do agente, responderá o jurado ex vi do art. 483, § 2º, se o absolve. Desse modo, a reforma do procedimento do júri trouxe essa tese para dentro do ordenamento jurídico-penal, máxime no Tribunal do Júri.

Conclusão

De tudo quanto se depreende da fundamentação exposta acima, infere-se a imensa discussão travada

no seio doutrinário quanto à culpabilidade. Muitos doutrinadores veem-na como um elemento da estrutura do crime, há outros que creem ser tão só um seu pressuposto e ainda há aqueles que, atestando sua carência de fundamentação, alegam sê-la um limite da pena.

Adotando-se a teoria normativa pura, constata-se que a culpabilidade assenta-se em um tripé, quais sejam a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do ilícito e a exigibilidade de conduta diversa.

Viu-se que a imputabilidade tem como causas de exclusão a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto e retardado e a embriaguez fortuita.

Ao passar-se ao potencial conhecimento do ilícito, perpassou-se pela teoria do erro.

Finalmente chegou-se à exigibilidade de conduta diversa e adentrou-se na controvérsia do excesso exculpante na legítima defesa, do estado de necessidade exculpante e na inexigibilidade suprallegal. Nesta, apesar da jurisprudência ter resistido a aceitá-la por causa de uma interpretação restritiva do antigo art. 484, III, do Código de Processo Penal, viu-se que urgia abarcar esse elemento no júri por previsão constitucional e assim a jurisprudência paulatinamente aceitou essa tese e mais tarde o retro mencionado artigo foi modificado permitindo-se a adoção desse elemento como quesito no Tribunal do Júri.

Referências bibliográficas

BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la Teoría del Delito*. 3ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1994.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. Coimbra: Almedina. 2007.

_____. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 5ª ed., São Paulo: RT, 2000.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1956.

COELHO, Walter. *Teoria Geral do Crime*. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CONDE, Muñoz Francisco. *Teoría General del Delito*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1991.

³⁴ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5884955/100240262019540011-mg-1002402620195-4-001-1-tjmg>>. Acesso: 28 maio 2010.

³⁵ Disponível em: <<http://www2.tjrn.jus.br/cposg/index.jsp?tpClasse=J>>. Acesso: 4 jun 2010.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal. Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 10ª ed., Niterói: Impetus, p. 421, 2008.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. t.2, Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1958.

_____. *A legítima defesa putativa*. Rio de Janeiro: Jacintho Editora, 1936.

JESUS, Damásio E. *Direito Penal – Parte Geral*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed., Granada: Editorial Comares, 1993.

MARON, Sônia Carvalho de Almeida. *A legítima defesa no Tribunal do Júri*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Riel, v. 1, 1962.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 24ª ed., São Paulo: Atlas, v. 1, 2008.

NORONHA, Magalhães Edgar. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995.

_____. *Do crime culposos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1966.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: RT, v. 1, 2008.

ROSSI, Pellegrino. *Traité de Droit Penal*. Tomo II, Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1872.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Trad. Muñoz Conde, Madri: Reos, S.A., 1981.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco, 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2008.

SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Tea, vv. 1 e 2, 1992.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. 1ª ed., Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, v. 1, 1899.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Tradução de Afonso Celso Rezende. São Paulo: Romana, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7ª ed., São Paulo: RT, v. 1, 2008.